

Universidade Cândido Mendes – UCAM

Lucimar Maria da Silva

Aspectos relevantes na aplicação das sanções administrativas em
decorrência de faltas contratuais

Brasília –DF
2009

Lucimar Maria da Silva

Aspectos relevantes na aplicação das sanções administrativas em
decorrência de faltas contratuais

Brasília-DF
2009

Lucimar Maria da Silva

Aspectos relevantes na aplicação das sanções administrativas em
decorrência de faltas contratuais

Monografia apresentada como requisito para conclusão do
curso de pós-graduação “lato sensu” em Direito
Administrativo e Processo Administrativo pela Universidade
Cândido Mendes- UCAM.

Brasília-DF
2009

Agradecimento:

Agradeço a Deus, Pai supremo, criador do mundo e de todas as coisas, o maior inspirador da minha vida, pela oportunidade de mais uma conquista.

Dedicatória:

À minhas amadas e queridas filhas, Natália e Vívian, razões da minha existência, que renunciaram a tantas horas de convívio maternal para que mais um projeto se concretizasse.

Resumo

A Lei nº 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, dispõe acerca das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, considerada em sentido amplo, ou seja, agregando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O artigo 87 dessa lei especifica as penalidades a que se sujeitam os contratados por eventuais falhas na execução do ajuste. Em que pese o privilégio da supremacia do interesse público, a ação do agente público encontra limites tanto na obediência estrita das normas legais quanto na observância dos princípios constitucionais e administrativos correspondentes. Nesse aspecto, faz-se necessário analisar cada caso concreto, buscando aplicar as normas e preceitos de forma justa e equânime, com razoabilidade e proporcionalidade, escolhendo-se, entre as diversas penas previstas: advertência, multa, suspensão, inidoneidade para contratar com o poder público, aquela que melhor se ajusta à finalidade de reprimenda à falta cometida, considerando-se a gravidade da conduta. Mesmo assim, é imprescindível observar o princípio constitucionalmente previsto do devido processo legal, dando-se oportunidade ao contraditório e à ampla defesa. Esses conceitos são demonstrados num caso concreto, a saber, ação em mandado de segurança em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, impetrada por empresa que sofreu a pena de declaração de inidoneidade para contratar com a administração pública pelo prazo de dois anos. Nesse sentido, são apresentados os aspectos relevantes a serem observados na aplicação das sanções previstas em lei para eventuais falhas na execução dos contratos administrativos.

Substract

The Law nº 8,666/93, that it regulates article 37, interpolated proposition XXI, of the Federal Constitution, makes use concerning the licitations and contracts in the scope of the Public, direct and indirect Administration, considered in ample direction, that is, adding the Union, the States, the Federal District and the Cities. Article 87 of this law specifies the penalties the one that if subject the contracted ones for eventual imperfections in the execution of the adjustment. Where it weighs the privilege of the supremacy of the public interest, the action of the public agent in such a way finds limits in the strict obedience of the rules of law how much in the observance of the principles constitutional and administrative correspondents. In this aspect, one becomes necessary to analyze each in case that concrete, searching to apply the norms and rules of form joust and equanimity, with reasonableness and proportionality, being chosen itself, between the diverse foreseen penalties: warning, fine, suspension, inaptitude to contract with the public power, that one that better is adjusted to the reproach purpose to the committed lack, considering it gravity of the behavior. Exactly thus, it is essential to observe the constitutionally foreseen principle of due process of law, giving chance to the contradictory and legal defense. These concepts are demonstrated in a case concrete, namely, action in mandamus in proceeding in the Superior Court of Justice, petitioned for company who suffered the penalty from declaration of inaptitude to contract with the public administration for the stated period of two years. In this direction, the excellent aspects are presented to be observed in the application of the sanctions foreseen in law for eventual imperfections in the execution of administrative contracts.

Sumário

1. Introdução	8
2. Considerações sobre a administração pública	9
3. Controle da legalidade e validade dos atos administrativos	10
4. O poder-dever do agente público	16
5. A razoabilidade e a proporcionalidade	19
6. A motivação dos atos públicos	23
7. A ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal	24
8. Análise de um caso concreto	29
9. Conclusão	37
10. Notas	39
11. Bibliografia	40

1. Introdução

O presente trabalho apresenta uma abordagem dos aspectos relevantes envolvidos na aplicação das sanções a que estão sujeitos os contratados por eventuais faltas apuradas nos contratos administrativos. Para tanto, são apresentados conceitos básicos do Direito Administrativo e Administração Pública, especificando os princípios de necessária observância desde a fase de licitação até a efetiva execução do objeto contratado, as normas impostas aos agentes públicos e aos contratados, dando enfoque às leis de regência que estipulam regras gerais e específicas a respaldarem toda a sistemática envolvida.

O trabalho está concentrado no estudo das normas legais, da doutrina e da jurisprudência, bem como na análise de um caso concreto que culminou com uma ação de mandado de segurança impetrada por empresa prestadora de serviços, a qual sofreu a punição de declaração de inidoneidade para contratar com o serviço público, mas busca no Poder Judiciário a revisão da punição aplicada.

Não se tem a pretensão de esgotar o assunto. Espera-se, contudo, que o estudo desperte a atenção para a necessidade de cautela na aplicação das sanções administrativas, especificamente nas contratações pelo Poder Público, tendo em conta que o respeito ao princípio da supremacia do interesse público requer razoabilidade e bom senso, punindo-se na medida certa, sem mais nem menos, de forma a restringir a má-conduta dos contratados. De outra forma, comprometer-se-ia a legitimidade da ação do administrador público, no papel de agente responsável pelo cuidado do interesse de toda a sociedade.

2. Considerações sobre a administração pública

A administração pública, em sentido amplo, é o próprio Estado, sendo que as atividades administrativas são exercidas nos órgãos no âmbito dos três poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário. Assim, em que pese as funções específicas de cada poder, não há dúvidas quanto à necessidade de gestão administrativa com vistas a oferecer ambiente adequado às atividades fins respectivas.

Em sentido estrito, a administração pública se restringe aos órgãos do Poder Executivo, subdividindo-se em administração direta e indireta. A primeira composta pelos órgãos estatais propriamente ditos, como as prefeituras, os governos dos Estados e a Presidência da República. Já a segunda, é integrada pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e as fundações públicas.

Feita a diferenciação, cumpre esclarecer que, embora o termo seja empregado mais para a referência restrita, no presente estudo, sempre que se falar no termo, entenda-se no sentido amplo, pois, em se tratando de contratações e licitações públicas, estas se aplicam a todos os órgãos públicos, nos termos da lei.

3. Controle da legalidade e validade dos atos administrativos

Devido às peculiaridades da administração pública, as atividades desenvolvidas devem observar as normas legais e os princípios que a norteiam. O dinheiro dispendido para o seu funcionamento pertence a toda a sociedade. Por isso, o controle da legalidade e validade de seus atos torna-se imprescindível e obrigatório e, nesse sentido, ao administrador cabe conhecer e aplicar os princípios que regem as relações públicas.

Além das normas que compõem todo o ordenamento jurídico, os atos administrativos devem estar pautados nos princípios que a norteiam.

Nesse sentido, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, destaca a importância dos princípios, senão vejamos:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É do conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Os principais princípios da Administração pública são: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade e da eficiência, conforme disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a seguir transcrito:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Pelo princípio da legalidade, todos os atos dos agentes públicos devem guardar estreita sintonia com a lei. A atuação de forma contrária à lei acarreta a invalidade do ato e a responsabilização do agente.

Esse princípio está inserido dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, no artigo 5º da Constituição Federal, que enuncia:

Artigo 5º (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O Professor Hely Lopes Meirelles , assim definiu o princípio da legalidade:

... A legalidade, como princípio da administração (CF, art.37), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da impessoalidade impõe ao administrador público agir com o objetivo de atender o interesse coletivo, prescindindo do interesse individual e visando o bem da sociedade.

O princípio da moralidade deve ser entendido como o conjunto de regras a serem seguidas pelo administrador público, tendo em vista critérios éticos, estreitamente ligados à idéia do bem e da honestidade na administração dos bens públicos.

O princípio da publicidade é uma exigência constitucional que tem o objetivo de tornar transparente os atos do administrador público para a sociedade, inclusive, oportunizando a fiscalização e controle pelos órgãos competentes.

A eficiência, o outro princípio constitucional, requisito indispensável na administração pública, pressupõe a busca do melhor resultado possível mediante o menor custo econômico.

Na realidade, o princípio da legalidade é basilar na administração pública, e sua estrita observância, quase sempre, implica na obediência aos demais, por consequência. No

entanto, para melhor atender à sociedade, a atuação da administração pública deve estar pautada, concomitantemente, na legalidade, moralidade e eficiência de seus atos.

A despeito dessa classificação constitucional, várias outras são apresentadas pela doutrina, incluindo-se outros princípios que devem ser considerados na atuação administrativa pública. Entretanto, será dado destaque aos que possam ser específica e diretamente relacionados com o tema das sanções aplicáveis às contratações administrativas.

Edmir Netto de Araújo², sobre a principiologia, fez a seguinte colocação:

A Constituição Federal de 1988 (art. 37) deu status constitucional a certos princípios, que anteriormente não eram expressamente assim considerados, embora decorressem do ordenamento jurídico: a doutrina se encarregava de estabelecer a principiologia da Administração.

Para nós, dois são os princípios mais importantes, informativos da atividade administrativa, um deles expressamente mencionado na Constituição Federal (art. 5º, II), que é o da legalidade; o outro, não expressamente citado (a Constituição paulista o faz, no entanto, no art. 111), tão ou mais importante, é o da supremacia do interesse público. Estes princípios informam todos os demais, mesmo os outros expressos pelo art. 37 da Carta Magna (moralidade, impessoalidade, publicidade), e embora o princípio da legalidade, na verdade, seja informativo para toda a ciência jurídica, o colocamos em destaque porque, no Direito Administrativo, ele adquire uma conotação especial, que o distingue da mesma noção em relação a outras disciplinas jurídicas.

Portanto, o autor citado privilegia o princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que coloca a supremacia do interesse público em igualdade de importância.

Com efeito, o interesse público se sobrepõe ao particular, e essa máxima implica na ponderação de todas as normas impostas no âmbito da administração pública, de ordem formal ou informal e mesmo principiologia, com foco no resultado voltado para a coletividade. E sendo assim, em nome deste princípio deve advir a aplicação de todos os outros, gerais ou setoriais.

No caso das sanções administrativas, além desses princípios discorridos até aqui, é importante destacar, por estarem claramente relacionados com o tema: o poder-dever de

agir do agente público, a razoabilidade e proporcionalidade, motivação, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Tais princípios merecem uma abordagem mais aprofundada, já correlacionando-os com o tema das sanções administrativas aplicáveis aos contratos administrativos. Por isso, antes de proceder a essa abordagem, convém trazer à baila as normas legais e jurídicas que prevêm as penalidades no ordenamento jurídico.

O artigo 37 da Constituição Federal, contém o seguinte dispositivo acerca das contratações no setor público:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em 1993 foi editada a Lei 8.666, que “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

A mencionada lei, então, regulamenta os procedimentos licitatórios necessários às contratações pela administração pública, bem como os contratos propriamente ditos, estabelecendo as regras impostas aos contratantes, entre elas, as correlatas às condutas esperadas e, via de consequência, como não poderia deixar de ser, as penas aplicáveis pelo não cumprimento das normas estabelecidas.

Sobre a tipificação das penas previstas, cumpre transcrever os artigos 86, 87 e 88, que tratam do assunto, os quais assim dispõem:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Posteriormente, foi editada a Lei 10.520/2002, que “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição

Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”, a qual, no seu artigo 7º, também estabelece penalidades aplicáveis por descumprimentos contratuais. Veja-se:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Importante registrar que as regras da Lei nº 8.666/93 aplicam-se subsidiariamente às licitações e contratos regidos pela lei do Pregão.

A par dessas regras, passa-se à abordagem dos princípios acima referidos, correlacionando-os com as normas aplicáveis, no que couber.

4. O poder-dever do agente público

Toda a ação no âmbito da Administração Pública depende de prévia autorização legal. Entretanto, na via inversa, o gestor público no exercício da função administrativa poderá aplicar sanções, acaso haja inobservância das condutas desejadas pelo ordenamento jurídico. É o poder punitivo do Estado, com relação aos administrados, que também submetem-se à prévia autorização legal.

A Lei nº 8.666/93 impõe aos contratados o dever do fiel cumprimento às condições avençadas com a administração pública., conforme constata-se do preconizado nos seus artigos 66 e 77:

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Portanto, tais dispositivos devem ser aplicados em conjunto com as sanções previstas nos artigos 86 a 88, os quais definem as sanções a que estão sujeitos os contratados que vierem a descumprir tais preceitos.

De outra parte, o artigo 85 da mesma lei, vincula a conduta do administrador público, nos casos de descumprimento das obrigações relativas às licitações e contratos, conforme a seguir:

Art. 85. As infrações penais previstas nesta Lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto.

Então, tem-se que o descumprimento do dever jurídico pelo administrado (contratado, no caso), implica, necessariamente, na aplicação de uma medida sancionadora, nos termos expressamente previstos na lei.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, definiu a infração administrativa de forma que bem caracteriza essas previsões legais:

é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa, ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera .

Dessa forma, pode-se afirmar que o administrador público tem o poder-dever, ou seja, uma competência vinculada, com relação à função sancionadora prevista na Lei nº 8.666/93: havendo uma infração administrativa não cabe ao agente deixar de aplicar a penalidade.

Tais medidas, é lógico, têm o objetivo de proteger o interesse público, disciplinando a relação jurídica existente entre os diversos órgãos da administração e os particulares contratados, em decorrência de um contrato administrativo. A finalidade, no caso, é, ao mesmo tempo, pedagógica e preventiva, a fim de coibir comportamentos ilícitos que possam acarretar prejuízos à sociedade.

É importante observar que, para que se exerça o poder-dever de punir pelo descumprimento contratual, é imprescindível que o administrado compreenda exatamente a conduta que é esperada da sua parte, bem como a pena passível de ser aplicada, na hipótese de vir a agir contrariamente ao esperado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Prieto³, trata-se da tipicidade administrativa: “Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”.

Garante-se, assim, além do conhecimento prévio do cidadão das condutas proibidas e sanções correspondentes, que não estará sujeito a medidas arbitrárias da administração pública, vez que somente imporá pena relativamente ao que estiver descrito na norma como infração.

Portanto, o agente público tem o poder-dever de punir o administrado pelo descumprimento das suas responsabilidades decorrentes de ajustes contratuais. Porém, tal conduta encontra limites nas disposições expressamente constantes nas normas de regência, especificamente, no caso, na Lei nº 8.666/93.

5. A razoabilidade e proporcionalidade

Em que pese o poder-dever de punir, atribuído ao agente público, conclusão tirada das divagações no item anterior, a observância das normas insertas nos artigos que tratam das sanções administrativas requer ponderação para se aplicar devidamente as penas previstas.

Trata-se, a priori, de poder discricionário do administrador público, mas somente em considerar as peculiaridades de cada caso concreto para determinar, adequadamente, a sanção aplicável. E essa ponderação é feita aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, por estarem estreitamente relacionados, devem ser aplicados em conjunto, no caso.

São diversas as sanções administrativas aplicáveis nas contratações públicas: multa moratória e rescisão unilateral (artigo 86, caput e § 1º, respectivamente), advertência, multa previamente determinada, que pode ser moratória ou compensatória, suspensão temporária por até dois anos, declaração de inidoneidade (incisos do artigo 87), impedimento de licitar e contratar por até cinco anos (art. 7º da Lei nº 10.520/2002).

Tais penas são graduadas, de forma a produzir um efeito menor ou maior no seu destinatário. Portanto, devem ser atribuídas de acordo com a gravidade da conduta e do resultado esperado. Esta graduação é determinada com a ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com efeito, as sanções têm a finalidade de coibir uma conduta nociva a uma relação jurídica e, por isso, deve ser aplicada na proporção do dano que pode causar.

Sobre o assunto, deixou registrado o ilustre doutrinador Jessé Torres Pereira Júnior⁴:

Compreende-se a diversidade de alcance em sistema que institui penalidades em gradação, da mais leve (advertência) à mais severa (declaração de inidoneidade). Os efeitos da suspensão são restritos ao local em que imposta, quanto ao direito de licitar e contratar; os efeitos da inidoneidade, a mais gravosa das penalidades administrativas

previstas na Lei 8.666/93, são nacionais, quanto ao mesmo direito de licitar e contratar.

Dessa forma, a aplicação das sanções insculpidas nas leis que regulamentam as normas de licitação e contratos deve estar alinhada na mais rigorosa observância aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo desses últimos, na medida que é autorizado ao gestor público agir estritamente nos limites necessários para se atingir a finalidade a que se propõe.

Nesse sentido é a inteligência da Lei nº 9.874/99, que regula o processo administrativo na esfera federal:

Art. 2º .A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;"

É de se registrar que o inciso VI, acima transcrito, nada mais traduz do que a materialização do princípio da proporcionalidade no momento da aplicação de uma sanção administrativa, já que, iniludivelmente, aquele exigiria do Administrador Público que não impusesse sanção em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

Para Maria Sylvia Di Pietro:

A proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrativo a melhor solução.

Dessa forma, as ações dos gestores públicos deve obedecer os limites necessários para não exorbitar na pena tendo em mente o fim específico perseguido, sujeitando-se a princípios, normas, gradações de conduta que condicionam a decisão administrativa, submetendo-se ao controle do rigor que cada caso concreto exija, em comparação com a gravidade da conduta a ser reprimida. É nisso que consiste o princípio da proporcionalidade.

Quanto à razoabilidade, Daniel André Fernandes, na obra “Os princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa”⁵, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assim definiu esse princípio:

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que eles sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; argüido também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para ela seja atendida.

Conforme bem coloca Marçal Justen Filho⁶, é “impossível aplicar qualquer das sanções previstas no art. 87 sem que as condições específicas de imposição estejam explicitadas”. Segundo ele, “a lei silenciou acerca dos pressupostos de aplicação de cada sanção” porque não poderia “remeter à Administração a faculdade de escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade”.

Discorrendo sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, o professor Sérgio Guerra assinala:

Malgrado as discussões doutrinárias acerca da pureza de identidade do princípio da proporcionalidade, é fato que o mesmo é hoje assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais quanto à adequação dos meios administrativos (sobretudo coativos), a prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos fundamentais em conflito. Nesse sentido, só será constitucional, à luz do princípio da proporcionalidade, o ato que, sucessivamente, seja adequado, necessário e proporcional. Vale dizer, atenderá o princípio da proporcionalidade o ato que não desafie as noções mínimas de racionalidade e razoabilidade admitidas pelo sistema social. 6

A aplicação das sanções do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, requer, para validade, seja compatibilizada a sua adoção à gravidade da falta cometida, graduando-se a penalidade entre a advertência, a multa, a suspensão do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, numa ordem crescente de gravidade, a primeira mais branda e a última mais gravosa.

Helly Lopes Meirelles, comentando o Decreto-Lei n. 2.300/1986, que trazia dispositivo compatível com o do art. 87 da Lei nº 8.666/93, chegou a apresentar uma classificação na gradação de gravidade das condutas, isso ao tratar da aplicabilidade da suspensão temporária da declaração de inidoneidade:

A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é penalidade administrativa com que geralmente se punem os inadimplentes culposos e aqueles que, culposamente, prejudicarem a licitação ou a execução do contrato. (...) A declaração de inidoneidade é penalidade aplicável aos contratados inadimplentes de má-fé, ou reincidentes, e àqueles que, dolosamente e em razão do contrato ou do procedimento licitatório, praticarem atos ilícitos visando a fraudar o fisco ou a licitação...⁸

Conclui-se, assim, a imprescindibilidade em se observar esses princípios, proporcionalidade e razoabilidade, em todo o âmbito do Direito Administrativo, oxalá no que se refere à aplicação das sanções administrativas em decorrência das faltas contratuais.

6. A motivação dos atos públicos

Há quem diga que a motivação, diferente do motivo, não é um requisito dos atos administrativos. Para essa corrente, embora todo ato tenha um motivo, a explicitação dos fundamentos de fato e de direito só seria imprescindível em determinados casos. Diz-se isso com fundamento no disposto no art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.874/99, segundo o qual, é necessária a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, combinado com o preconizado no artigo 50 da mesma lei, que estipula quais os atos que deverão ser obrigatoriamente motivados.

Assim, se a lei faz essa ressalva, é porque a motivação, embora seja um dos critérios do processo administrativo, nem sempre é imprescindível. Será dessa maneira sempre que se tiver em conta uma das hipóteses arroladas nos incisos do art. 50.

Entretanto, a motivação confere segurança jurídica aos processos administrativos. E sendo assim, em que pese admita-se a sua dispensabilidade, será importantíssima nos atos discricionários. Ainda, é por meio da motivação que será possível indicar a razoabilidade e a proporcionalidade de um ato.

Com a exposição dos motivos demonstrar-se-á, de maneira clara e racional, por que o ato é razoável (adequado e necessário) e proporcional, especialmente se a ação administrativa se propõe a negar, limitar ou afetar direitos, como é o caso das sanções administrativas.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que a discricionariedade deixa ao Administrador um espaço de análise sobre o mérito (oportunidade e conveniência) do ato, e é justamente por isso que se faz necessário saber por que se optou por praticar o ato agora (oportunidade), ou desta maneira (conveniência), ou por que se escolheu essa solução e não aquela.

7. A ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal

Ampla defesa é defesa prévia, antes do julgamento, pois é muito mais fácil impedir a formulação de uma convicção do que modificar uma já formada.

O exercício do princípio da ampla defesa, carece do conhecimento da acusação em termos específicos. Por isso, todas as pessoas que possam ser afetadas com um julgamento, devem ser citadas para manifestação.

Esse entendimento está pacificado na jurisprudência, tendo sido objeto da edição da Súmula Vinculante nº 3 do STF, a qual enuncia: “Exceto os atos de aposentadoria e reforma e pensão, todos os processos administrativos que possam gerar anulação ou revogação de ato administrativo devem ser precedidos de citação dos interessados”.

A ampla defesa envolve a defesa técnica e a autodefesa.

A defesa técnica é efetivada por um defensor, que representa o processado, agindo como substituto processual, seja de forma específica ou profissional, exigindo-se, para isso, capacidade postulatória e conhecimento técnico.

Por outro lado, ocorre a autodefesa quando o acusado exerce, *pos si mesmo*, a própria defesa, atuando diretamente no processo, como, por exemplo, no momento do interrogatório. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

Importa registrar que há súmula, de 2006, do Superior Tribunal de Justiça cujo entendimento é de ser obrigatória a defesa técnica de advogado no processo administrativo. Todavia, em sessão plenária de 07.05.2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 5, cujo enunciado considera não ser imprescindível a representação técnica profissional. Eis o seu teor: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Dessa forma, sob a égide da Constituição Federal, o devido processo legal pressupõe o contraditório – com oportunidades recíprocas de manifestação nos autos para

contestar os fatos alegados, e sempre após a acusação, pois não há contraditório sem acusação –, a garantia da ampla defesa – por meio de uma defesa técnica capacitada e autodefesa –, o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas, entre outros.

O contraditório é, então, a garantia de contestar tudo que foi afirmado contra o sujeito que está sendo processado. Alguns doutrinadores defendem que este princípio está relacionado ao duplo grau de jurisdição, tanto judicial quanto administrativo.

O duplo grau administrativo é a possibilidade que é dada ao administrado de se ter revisada, por outra autoridade, a decisão que lhe é desfavorável. É a oportunidade de submeter o inconformismo à apreciação de outra autoridade.

Existe o duplo grau de jurisdição administrativa em alguns casos. Na prática, em que pese sempre existir o cabimento de recurso, somente haverá o duplo grau se a revisão do ato for submetida a uma autoridade diferente da que proferiu a decisão. Caso contrário, se for para a mesma autoridade, não se trata do duplo grau.

De qualquer forma, a ampla defesa possibilita o contraditório e a sua ausência fere o devido processo legal.

O devido processo legal é um direito consagrado no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, consistente no princípio fundamental estabelecido de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, garantindo-se a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Para que haja o devido processo legal faz-se necessário o contraditório, garantindo-se iguais oportunidades processuais e de procedimentos administrativos. Dessa forma, impõe-se uma peça acusatória formal com o inteiro teor da acusação.

Grosso modo, o devido processo legal, tanto no âmbito da administração pública quanto nos tribunais, terá os seguintes pressupostos:

- a) aplicação do princípio da presunção de inocência, cabendo à administração pública demonstrar de forma inequívoca a falta apontada;

- b) quanto ao princípio do *non bis in idem* (ninguém pode ser sancionado mais de uma vez pelo mesmo fato), a acumulação das sanções penal, cível e administrativa não o viola. Da mesma forma, a previsão da multa na Lei 8.666/93 pode ser cumulada com outra sanção e o mesmo fato pode ser punido internamente, pelo órgão, e externamente, pelos tribunais de contas, sem que ocorra o *bis in idem*;
- c) o processo administrativo deverá iniciar-se sempre mediante a descrição formal da conduta infratora supostamente praticada e indicação das normas violadas, com descrição suficiente à defesa do acusado;
- d) o acusado deverá ter conhecimento de todos os atos processuais;
- e) ao acusado deverá ser dado o mesmo tratamento do acusador, com todas as condições de produzir uma defesa equiparada, em conteúdo e oportunidade, à acusação que lhe é feita, garantindo-se, em todas as fases processuais, a produção de provas, se necessário, bem como o contraditório;
- f) o devido processo legal deve, ainda, possibilitar a revisão dos julgados. O inconformismo da parte que se sente prejudicada está sempre a exigir o reexame de uma questão decidida em primeira instância administrativa.

Dessa forma, a não observância do devido processo legal acarreta a invalidação do ato administrativo. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme o seguinte precedente da Primeira Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 658.130-SP, Relator Ministro Luiz Fux, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 28/09/2006:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CINCO ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja

por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do Eg. STF, que assim dispõe: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

2. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Delegado Geral de Polícia (publicado no D.O.E. de 18/08/1998), consubstanciado na anulação do procedimento licitatório - efetuado com vistas à reforma da Delegacia de Polícia e Cadeia Pública de Capão Bonito/SP - e invalidação do respectivo contrato celebrado com a empresa vencedora do certame em 06/12/1991, devidamente cumprido e executado.

3. A prerrogativa de rever seus atos (jurídicos), sem necessidade de tutela judicial, decorre do cognominado princípio da autotutela administrativa da Administração Pública.

4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despidendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canotilho:

"Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais". (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição)

5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos Mandados de Segurança n.ºs 9.112/DF, 9.115/DF e 9.157/DF, na sessão realizada em 16/02/2005, decidiu que a aplicação da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deverá ser irretroativa. Logo, o termo a quo do quinquênio decadencial, estabelecido no art. 54 da mencionada lei, contar-se-á da data de sua vigência, e não da data em que foram praticados os atos que se pretende anular.

6. O art. 54, da Lei 9.784/99 dispõe sobre o prazo decadencial para a Administração Pública anular os seus atos, explicitando que: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé" .

7. In casu, além da prescrição ocorrente, consoante se infere do acórdão hostilizado à fl. 238, o ato anulatório não obedeceu o devido processo legal e as obras foram concluídas pelo vencedor da licitação, ora recorrido, o que revela a inviabilidade

de a Administração anular a própria licitação sob o argumento de ilegalidade, mormente pela exigência de instauração do devido processo legal, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8. Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório.

9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2002 ;RE 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em consequência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473.

10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento.

11. Ad argumentandum tantum, a teoria das nulidades, em sede de direito administrativo, assume relevante importância, no que pertine ao alcance dos efeitos decorrentes de inopinada nulidade, consoante se infere da ratio essendi do art. 59, da Lei 8666/91, "(...)A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo - vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em sequência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente.(...)" Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, Dialética, 9ª ed., 2002.

12. Recurso especial desprovido.

8. Análise de um caso concreto

Tramitou no Superior Tribunal de Justiça o Mandado de Segurança nº 13.101-DF⁹, impetrado contra ato que aplicou a pena de declaração de inidoneidade da Impetrante, com fundamento no art. 87, IV e §3º, e no art. 88, II e III, da Lei 8.666/1996, em suposta violação ao seu direito líquido e certo.

A Impetrante alega que o processo administrativo que concluiu pela aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública é nulo, porque não observou o princípio do devido processo legal, *“uma vez que a empresa não pôde apresentar defesa dado que sua documentação estava apreendida nos autos do IP n. 544-BA”*; os autos não foram remetidos ao Presidente da República, *“suprimindo seu direito ao recurso hierárquico”*; ausência de provas concretas para aplicação da pena imposta, *“dado que a condenação da empresa pautou-se em meros indícios do inquérito policial, não concluído, não tendo sido renovadas na esfera administrativa”*; inconstitucionalidade da pena de inidoneidade, *“pela violação do princípio da estrita legalidade”*; e, finalmente, violação ao princípio da proporcionalidade. Requer o deferimento do pedido de medida liminar para suspender a pena de inidoneidade para contratar com a Administração, até decisão definitiva do presente *mandamus*, e que, ao final, seja concedida a segurança para anular a decisão impugnada.

Da decisão impugnada, destacam-se os seguintes dados:

Foi instaurado processo administrativo no âmbito do Ministério da Integração Nacional, que decidiu por declarar a inidoneidade da empresa contratada Gautama, com fundamento no artigo 88, incisos I e II, combinado com o artigo 87 da Lei nº 8.666/93.

Tais normativos prenunciam:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

(...)

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

Extrai-se, daí, o cumprimento dos requisitos a fundamentar uma provável aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, quais sejam: abertura de processo administrativo, indicação do fundamento legal a respaldá-lo, indicação da autoridade competente, no caso, um Ministro de Estado.

Há, também, observância do princípio da motivação, pois houve a indicação dos fundamentos de fato e de direito a justificar a sanção:

Imputou-se à empresa a prática de atos ilícitos que visaram frustrar os objetivos da licitação e que caracterizariam sua inidoneidade para contratar com a Administração, lastreados no Inquérito 544BA, do STJ e em uma série de decisões do TCU que concluíram por irregularidades praticadas pela empresa, chegando a imputar-lhe responsabilidades.

O exercício do direito de defesa está presente, após a devida citação e abertura de prazo legal, com a contestação das razões para a punição:

A empresa foi regularmente notificada para apresentar defesa no prazo legal de 10 dias. Em sua defesa, alegou:

- Impossibilidade de abertura do procedimento em virtude de carência de elementos fáticos comprobatórios;
- Haver reconhecido o TCU a impossibilidade da abertura do processo com fundamento no art. 81, I, da Lei nº 8.443, de 1992 e no art. 237, do Regimento Interno daquele tribunal;
- Impossibilidade de apresentação de defesa definitiva em razão da apreensão dos documentos da empresa pela Polícia Federal;
- Inconstitucionalidade e inaplicabilidade da previsão do art. 88, combinado com art. 87, da Lei nº 8.666, de 1993;
- Necessidade de condenação prévia para caracterizar os ilícitos previstos no art. 88, incisos I e II da Lei nº 8.666, de 1993;
- Impossibilidade de condenação com base apenas em indícios;
- Impossibilidade de se utilizar o inquérito como prova emprestada no processo administrativo;
- Inexistência de conclusão, no Inquérito 544/BA, acerca da veracidade dos fatos investigados;
- Existência de saldo contratual em diversas obras realizadas pela empresa e fiscalizadas pelo TCU, de sorte que eventuais sobre-preços poderão sofrer os ajustes necessários;
- Prática da empresa de preços globais sempre inferiores aos apurados pela administração e preços unitários inferiores aos preços apresentados pelos concorrentes;
- Eventuais paralisações de obras por falta de recursos públicos, não por culpa da empresa;
- Eventuais erros em medições não implicam atos ilícitos;
- Necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, não sendo cabível, de plano, a aplicação da pena máxima, de decretação de inidoneidade;
- Violação do interesse público com a decretação de inidoneidade da empresa;
- Limitação dos efeitos da decisão proferida à esfera administrativa prolatora.

05. Ao fim, postula, em síntese, o arquivamento do feito em face da ausência de elementos; subsidiariamente, o sobrestamento do feito até a devolução dos documentos da empresa em posse da Polícia Federal, com posterior devolução do prazo de defesa e, no mérito, não seja decretada a inidoneidade da empresa. Havendo, contudo, condenação, que se aplique pena mais branda, observado o princípio da

proporcionalidade. Quanto aos efeitos, postula que a penalidade aplicada se limite à esfera do Governo Federal.

06. O relatório da Secretaria-Executiva deste Ministério, afastando as alegações, reconhece presentes os requisitos formais, materiais e probatórios para a aplicação da penalidade prevista no art. 88, incisos II e III, c/c art. 87, da Lei nº 8.666, de 1993.

De outra parte, nas razões de decidir, a autoridade usou da razoabilidade para justificar a sanção, concluindo presentes elementos a constatar que a conduta se subsume às hipóteses passíveis de se aplicar a punição à empresa, julgando que há provas a convencer a transgressão das normas legais:

Não se defende, aqui, que o dispositivo possa ser utilizado por qualquer administrador, sem que haja qualquer vínculo entre o administrado e a administração. Assim, cabe lembrar que embora o texto legal estenda a aplicação de penalidade àquele que não é o contratado, as condutas por ele praticadas necessariamente terão de estar vinculadas a um contrato administrativo, quer anterior, contemporâneo ou posterior (Marçal Justen Filho, Comentários à lei de licitações, Dialética, 2005, p. 625, item 2). Além disso, há que se vislumbrar um mínimo de relação entre a administração processante e o administrado processado, o que, no caso em apreço, se verifica com clareza na pretensão da Construtora Gautama Ltda., postular contrato com este Ministério da Integração Nacional ao participar da licitação aberta pelo Edital MI 02/2007.

10. Desta feita, as diversas irregularidades já listadas na Nota Técnica, no Relatório Secretaria-Executiva bem assim nos documentos que instruem os presentes autos, uma vez praticadas no âmbito de contratos administrativos justificam a providência adotada.

Ressaltou-se, ainda, a observância ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa:

11. Por sua vez, o procedimento administrativo obedece rigorosamente às exigências legais, tanto no que diz respeito à competência das autoridades envolvidas, o procedimento adotado, bem como o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A decisão foi fundamentada, argumentando-se estar amparada no princípio da legalidade:

15. O argumento de ter o TCU reconhecido à impossibilidade da abertura de processo, naquele tribunal, com a mesma finalidade deste processo, não invalida nem prejudica o presente feito.

16. Deveras, a decisão plenária do Tribunal de Contas, consignada no Acórdão 1287/2007, relatado pelo E. Ministro Aroldo Cedraz, que não deu seguimento à representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado, com fundamento no art. 81, I, da Lei nº 8.443/92 e no art. 237, do Regimento Interno daquele tribunal, não possui razões que possam ser estendidas ao presente processo administrativo, pois a aplicação da penalidade em questão está a depender, naquela Casa de Contas, de fundamento distinto daquele que orienta o feito em curso.

17. Enquanto ao processo administrativo em curso neste Ministério aplicam-se as regras da Lei nº 8.666, de 1993, aquele Tribunal se orienta pela Lei nº 8.443/92. No caso em apreço, em especial, pelo art. 46, desta lei. Leia-se:

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

18. A toda evidência, os pressupostos dos processos são distintos e, logicamente, distintas as consequências.

Verifica-se, também, a aplicação do princípio da proporcionalidade. Constatou-se, com base nos elementos do caso concreto, que a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública está condizente com a gravidade da conduta ilícita imputada à empresa contratada. Isso, ressaltando o juízo de valor da autoridade, no papel de administrador público, no uso do poder discricionário requerido no caso:

32. Nesse passo, a discricionariedade presente na norma não a macula e poderá ser exercitada, desde que não se sobreje os termos da lei, no momento final de apreciação exclusiva do Ministro de Estado acerca da gravidade dos ilícitos praticados e da inidoneidade daí decorrentes.

33. Bom registrar, ainda sob o pálio da discricionariedade, que se a lei prevê mais de uma pena possível para os ilícitos que frustram os objetivos das licitações e que comprometam a idoneidade do infrator, o art. 88 da Lei nº 8.666, de 1993 não estabelece qualquer progressão entre as penalidades, de tal sorte que, em juízo livre e motivado, a

autoridade competente poderá aplicar qualquer das penas, sendo certo que nos presentes autos existem elementos para a aplicação da penalidade mais grave.

Houve abordagem ao direito de revisão dos atos administrativos:

Inexiste, por outro lado, previsão legal de remessa necessária dos autos administrativos ao Presidente da República, para funcionar como terceira instância hierárquica recursal, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa.

Nesse sentido, correto entendimento desse Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE JAZIDA MINERAL. ÁREA DISPONÍVEL. LICITAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. IMPROPRIEDADE.

1. Em se tratando de recurso administrativo interposto em sede de procedimento licitatório, a sistemática a ser observada é a da Lei n. 8.666/93, presente a ressalva inserida na parte final do art. 57 da Lei n. 9.784/99.

2. Hipótese em que não há se cogitar de uma terceira instância administrativa para fins de reexame da decisão impugnada.

3. Segurança denegada.” (MS 10502/DF – Primeira Seção – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 28.05.2007 p. 271)

Embora, no caso, o direito de revisão tenha sido relativizado no âmbito administrativo, a empresa acusada teve a oportunidade de manifestar o inconformismo com a decisão desfavorável a ela, pleiteando, no Poder Judiciário, a reforma daquela punição.

Contudo, convém registrar, manteve-se a sanção aplicada, em julgamento pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em acórdão publicado no Diário da Justiça de 09/12/2008, o qual está sintetizado na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.

2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87 e 88).

3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.

4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (*efeito ex nunc*), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.

5. Segurança denegada.

Ressalte-se que o Ministro relator ficou vencido em parte mínima, conforme a seguinte manifestação do voto vencedor:

Sr. Presidente, entendo que, embora não haja ainda uma ação penal instaurada, existe apenas uma denúncia oferecida na data de ontem, passados doze meses, que vai se processar ainda, mas a esfera administrativa é inteiramente independente. Nela foi instaurado um processo administrativo. Aliás, o Ministério Público se valeu de muitos elementos da Controladoria Geral União e também do TCU, que chegou a dizer não ter condições de declarar a inidoneidade, mas a CGU disse que tinha. O questionamento em relação a cerceamento de defesa na esfera administrativa foi afastado pelo Relator. Em mandado de segurança ou a prova está pré-constituída ou não é possível se deter num exame mais apurado quanto a isso.

As dúvidas que tive em relação à conexão dos mandados de segurança foram exauridas e o problema da extensão do ato impugnado também.

Com estas considerações, denego a segurança para considerar legítima a declaração de inidoneidade com efeitos *ex nunc*, respeitados os contratos firmados anteriormente à referida declaração.

Porém, importa constar é que, também no Poder Judiciário, o julgamento destacou aspectos relevantes a serem considerados na aplicação das sanções imputáveis por faltas cometidas nas licitações e contratos no âmbito da administração pública.

Com efeito, ao manter a sanção aplicada pela autoridade coatora, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu cumpridos os seguintes requisitos:

a) a legalidade do ato que aplicou a sanção;

- b) a obediência ao princípio do devido processo legal;
- c) a oportunidade ao exercício da ampla defesa;
- d) respeitado o direito de recurso hierárquico;
- e) devidamente provados os fatos ensejadores da penalidade;
- f) observado o princípio constitucional da proporcionalidade;
- g) os efeitos da sanção são *ex nun*.

9. Conclusão

Como ficou demonstrado, o tema da aplicação das sanções administrativas é atual, relevante e complexo. Desafia as partes envolvidas nas contratações, os órgãos responsáveis pelo controle dos atos administrativos, seja no âmbito interno ou externo, bem como o próprio Poder Judiciário, a uma constante busca pela melhor aplicação dos normativos correlatos ao assunto, considerando-se as peculiaridades de cada caso concreto, para que as regras sejam aplicadas de forma justa e equitativa.

Em que pese a justa exaltação do princípio da legalidade no âmbito da administração pública, por ser imprescindível a atuação do administrador nos limites das leis vigentes, não menos importante, especialmente no caso da aplicação de sanções administrativas por faltas contratuais, a estrita observância dos princípios que norteiam o setor público.

Nesse sentido, sendo que os princípios diretamente relacionados com os atos administrativos consistentes na aplicação das sanções administrativas por infrações verificadas nas licitações e contratos com a administração pública estão previstos nas leis de regência, bem como na própria Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que, no caso, a inobservância de qualquer deles implica no não cumprimento da própria legalidade, princípio básico a nortear a atuação do gestor público.

As sanções administrativas são tema de relevância jurídica e doutrinária. As normas legais que cuidam da matéria, ao mesmo tempo que estabelecem regras rígidas a serem observadas nos casos concretos, prevêm margem de atuação discricionária ao administrador público, com vistas a aplicar os preceitos de forma justa e equânime, considerando-se a gradação da pena com a gravidade da conduta a ser para reprimida.

Portanto, o poder-dever do administrador público o vincula à aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, escolhendo, entre as diversas espécies, a que melhor ative a finalidade punitiva, numa relação de gradação de acordo com a gravidade da falta

apurada no regular processo administrativo, este instaurado observando-se os princípios constitucionais e administrativos aplicáveis ao caso, notadamente respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena de invalidade do ato administrativo sancionatório.

Nesse contexto, é de frisar, ainda, que a vinculação do administrador está estreitamente relacionada com a aplicação da pena justa, de forma de seria ilícita, por exemplo, a aplicação de mera penalidade de advertência ou multa ao contratado que comete fraude numa licitação, do mesmo modo que seria desproporcional a aplicação de penalidade de suspensão do direito de licitar a contratado que simplesmente atrasa o cumprimento parcial do ajuste, se não apurado prejuízo relevante para a administração pública.

10. Notas:

¹ Curso de Direito Administrativo, 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

² Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

³ Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁵ Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa. Ed. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2003.

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

⁷ O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. Revista Eletrônica de Direito do Estado de Salvador, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.

⁸ Licitação e Contrato Administrativo, 10ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

⁹ Fonte: sítio do Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br.

10. Bibliografia:

- ARAÚJO, Edmir Netto de – Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. As sanções nos contratos administrativos e o princípio da proporcionalidade . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1103, 9 jul. 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERNANDES, Daniel André. Os Princípios da Razoabilidade e da Ampla Defesa. Ed. Rio de Janeiro :Lumen Juris, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. Revista Eletrônica de Direito do Estado de Salvador, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 10ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.